

Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts

Bearbeitet von

Begründet von Dr. Elmar Kalthoener, und Dr. Helmut Büttner, Bearbeitet von Birgit Niepmann, Direktorin des Amtsgerichts, und Dr. Christian Seiler, Direktor des Amtsgerichts

14. Auflage 2019. Buch. XVI, 544 S. Softcover

ISBN 978 3 406 72905 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Familienrecht > Güterrecht, Versorgungsausgleich, Unterhaltsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

rungsanträge außerdem die Einschränkungen nach § 238 Abs. 3 FamFG, insbesondere auch das absolute Rückwirkungsverbot nach § 238 Abs. 3 S. 4 FamFG in Anlehnung an § 1585b Abs. 3 BGB für die Herabsetzung von Unterhaltsansprüchen.

Absichtlich entzogen hat sich der Schuldner nur dann, wenn er durch sein zweckgerichtetes Verhalten eine zeitnahe Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs verhindert oder erschwert hat. Dazu genügt die bloße Zahlungseinstellung nicht.⁷⁴⁶

Auf den **Anspruch auf Freistellung von Steuernachteilen** ist § 1585b Abs. 3 BGB nicht anwendbar.⁷⁴⁷

k) Vertragliche Regelung und Titulierung

Bei **vertraglicher Regelung des Unterhalts** sind §§ 1613, 1585b Abs. 2 BGB nicht **268** anwendbar, denn der Unterhaltsschuldner, der seine Verpflichtung kennt, bedarf des Schutzes vor unerwarteter Inanspruchnahme nicht.⁷⁴⁸ Unter den Beteiligten ist durch Vertrag klargestellt, dass und in welcher Höhe Unterhalt zu zahlen ist, so dass es weder der Mahnung noch der Erörterung im Rechtsstreit bedarf, um den Schuldner auf seine Leistungspflicht hinzuweisen. Die Einschränkung des § 1585b Abs. 3 BGB (für mehr als ein Jahr vor Rechtshängigkeit liegende Zeit) gilt aber auch bei vertraglicher Regelung. Der Gläubiger muss um zeitnahe Verwirklichung besorgt sein, um nicht beim Schuldner übergroße Schuldenlast anwachsen zu lassen. **Wertsicherungsklauseln**, die auf einen vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex abstellen, sind hinreichend bestimmt und vollstreckbar.⁷⁴⁹

Bei **Titulierung des Unterhalts** ist eine Mahnung nicht erforderlich, auch nicht bei Titulierung durch einstweilige Anordnung oder Prozessvergleich.⁷⁵⁰ Bei zwischenzeitlicher Versöhnung entfällt allerdings ein Titel auf Trennungsunterhalt (→ Rn. 262) und es bedarf einer neuen Titulierung des Trennungsunterhalts.⁷⁵¹

Für **Schadensersatzansprüche bei Auskunftspflichtverletzung** (Verzug, falsche Auskunft) ist umstritten, ob die Beschränkungen der §§ 1585b Abs. 2, 1613 Abs. 1 BGB nicht gelten,⁷⁵² oder ob sich umgekehrt aus diesen Schutzgedanken ergibt, dass jedenfalls bei bloßer Nichterteilung der Auskunft der entgangene Unterhalt nicht als Schaden geltend gemacht werden kann.⁷⁵³ Für die Fälle falscher Auskunftserteilung ist der Auffassung des BGH unzweifelhaft zu folgen. **269**

Zweifelhaft ist es, wenn die Fehlvorstellung nur auf **ungefragter Information** beruht. Gemäß einer Entscheidung des BGH⁷⁵⁴ besteht für den Berechtigten eine Wahrheitspflicht während und außerhalb des Prozesses. Die Gerechtigkeit dürfte jedoch fordern, dass Berechtigter und Verpflichteter bei der Wahrheitspflicht gleichbehandelt werden, so kann der Berechtigte eine aufgenommene Arbeit nicht offenbaren, während der Verpflichtete eine Einkommenssteigerung nicht anzeigt. Zwischen Urteilen und Vergleichen wird dabei nicht zu unterscheiden sein, denn die Wahrheitspflicht besteht unabhängig von der Form

⁷⁴⁶ OLG Köln FamRZ 1997, 426.

⁷⁴⁷ BGH FamRZ 2005, 1162 = NJW 2005, 2223.

⁷⁴⁸ BGH FamRZ 1989, 150 = NJW 1989, 526; BGH FamRZ 1987, 472 = NJW 1987, 1549 (1551); OLG Schleswig OLGR 1996, 91; OLG Bremen FamRZ 1996, 886 (Ls.).

⁷⁴⁹ BGH FamRZ 2004, 531 = NJW-RR 2004, 649; zur Verwirkung → Rn. 272.

⁷⁵⁰ OLG Hamm OLGR 1995, 166; OLG München FamRZ 1995, 1293 (dort wird aber zu Unrecht nochmals eine Mahnung durch das inzwischen volljährig gewordene Kind verlangt, vgl. zutr. Kritik von Krause FamRZ 1996, 308).

⁷⁵¹ OLG Hamm NJW-RR 2011, 1015 = FamFR 2011, 202 = FamRZ 2011, 1234 (Ls.).

⁷⁵² So BGH FamRZ 1985, 155 (157) = NJW 1985, 486; vgl. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 145.

⁷⁵³ Insbesondere OLG Bamberg FamRZ 1990, 1235 (1238) = NJW-RR 1990, 903; OLG Frankfurt FamRZ 1985, 732; OLG Hamm FamRZ 1986, 1111.

⁷⁵⁴ BGH FamRZ 2000, 153 = NJW 1999, 2804.

des vorangegangenen Aktes. Einer „Evidenz“ bedarf es entgegen der Rechtsprechung des BGH⁷⁵⁵ nicht. Der Verstoß gegen die Wahrheitspflicht muss aber gem. § 238 Abs. 1 FamFG eine „wesentliche Veränderung“ ergeben, wenn sie mitgeteilt werden muss.

Verzugszinsen für Unterhaltsrückstände können gestaffelt nach Fälligkeitszeitpunkten verlangt werden. Im sachlich unveränderten § 288 Abs. 1 BGB idF ab 1.1.2002 ist unverändert für alle Geldschulden – also auch für Unterhaltsschulden – ein Verzugszinssatz von 5 % über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank angeordnet.⁷⁵⁶ In § 247 BGB idF ab 1.1.2002 ist der Basiszinssatz näher definiert, der sich gem. § 247 Abs. 2 BGB jeweils zum 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres ändern kann (die Änderung wird im Bundesanzeiger bekannt gegeben). Zum 1.1.2008 hatte der Basiszinssatz mit 3,32 % seinen bisherigen Höchststand erreicht. Seit 1.7.2009 (nicht geändert am 1.1.2010) beträgt er nur noch 0,12 %, so dass sich Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen von 5,12 % ergeben. Die früher vertretene Meinung,⁷⁵⁷ Unterhaltsschulden seien nur bei Inanspruchnahme von Bankkrediten zu verzinsen, ist als überholt anzusehen, denn § 288 Abs. 1 BGB enthält die gesetzliche unwiderlegliche Vermutung eines Mindestschadens und Unterhaltsforderungen sind unzweifelhaft Geldforderungen.⁷⁵⁸ Auf den konkreten Schadensnachweis kommt es nach dem Gesetz nicht an. Auch bei sonstigen Schulden sind die geschuldeten Beträge häufig nicht zur zinsbringenden Anlage bestimmt gewesen, ohne dass sich der Schuldner auf diesen Umstand berufen könnte. Auch gegenüber Zinsansprüchen gilt das Aufrechnungsverbot gem. §§ 394 BGB, 850b ZPO.⁷⁵⁹

5. Verjährung und Verwirkung von Unterhaltsforderungen

270 **Unterhaltsansprüche** – soweit sie nicht unter § 197 Abs. 1 Nr. 3–5 BGB (titulierte) fallen – **verjähren nach dem Wegfall von § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB zum 1.1.2010 nunmehr unmittelbar gemäß § 195 BGB in drei Jahren** mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Tatsachen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 BGB idF ab 1.1.2002).⁷⁶⁰ Der dies bis 31.12.2009 ebenso regelnde § 197 Abs. 2 BGB hat aber noch Bedeutung für die bereits titulierten Ansprüche, s. dazu → Rn. 271.

Wenn durch die vereinbarte Verpflichtung zu einer **einmaligen Abfindung** die für eine Unterhaltsschuld charakteristische Erbringung der Leistung in zeitlicher Wiederkehr und für bestimmte Zeitabschnitte entfällt und ihr damit die **Eigenschaft einer wiederkehrenden Leistung iSv § 197 Abs. 2 BGB verloren** geht, gilt für einen darüber geschlossenen vollstreckbaren Vergleich gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB die 30-jährige Verjährungsfrist.⁷⁶¹

Verjährungshemmungen gemäß §§ 203, 204 BGB idF ab 1.1.2002 und besonders auch § 207 BGB idF ab 1.1.2010 sind zu beachten.

Die Rechtshängigkeit eines Stufenantrags führt zur Hemmung der Verjährung des noch nicht bezifferten Leistungsanspruchs in jeder Höhe.⁷⁶² Nach § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB

⁷⁵⁵ BGH FamRZ 1986, 450 = NJW 1986, 1751.

⁷⁵⁶ Schon ab 1.5.2000 gilt die Verzugszinserhöhung gem. § 288 Abs. 1 S. 1 BGB aF gem. dem Gesetz über die Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 – BGBl. 2000 I 330.

⁷⁵⁷ OLG Celle FamRZ 1983, 525 mAnm *Brüggemann*.

⁷⁵⁸ *Runge* JAmt 2001, 323; so schon BGH NJW 1979, 540.

⁷⁵⁹ OLG Hamm FamRZ 1988, 952.

⁷⁶⁰ OLG Dresden FamRZ 2006, 1530 (Ls.); zu weiteren Einzelheiten wird auf *Büttner* FamRZ 2002, 361 ff. und *Mansel* NJW 2002, 89 ff. verwiesen.

⁷⁶¹ BGH FamRZ 2014, 1622 = NJW 2014, 2637, Rn. 13, 17.

⁷⁶² BGH FamRZ 1999, 571 = NJW 1999, 1101; FamRZ 1995, 797 = NJW-RR 1995, 770; OLG Celle NJW-RR 1995, 1411 (Auskunftsklage genügt nicht); OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 362 (§ 204 BGB gilt nicht bei *cessio legis*).

nF hemmt auch die Einreichung eines **VKH/PKH-Antrages** die Verjährung (vor 1.1.2002 aus § 203 BGB aF abgeleitet). Das gilt auch für verspätete Auslandszustellung, da solche Verzögerungen nicht dem Kläger anzulasten sind.⁷⁶³

Nach § 207 BGB ist die Verjährung für Ansprüche zwischen Ehegatten und damit auch auf Ehegattenunterhalt während des Bestehens der Ehe gehemmt, entsprechend auch Ansprüche zwischen Lebenspartnern.

Bei Ansprüchen zwischen **Kind und Eltern** und damit insbesondere auch auf Kindesunterhalt wird die Verjährung gemäß § 207 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB nF seit 1.1.2010 für die Zeit **bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes** gehemmt (bis 31.12.2009 nur für die Zeit der Minderjährigkeit, deshalb ist insoweit noch die Übergangsvorschrift Art. 229 § 23 Abs. 3 EGBGB zu beachten, wonach sich die Hemmung der Verjährung für den Zeitraum vor 1.1.2010 nach der bis dahin geltenden Fassung des § 207 BGB richtet). Verwirkung ist allerdings dennoch möglich, s. → Rn. 272–274.⁷⁶⁴

Der Neubeginn der Verjährung nach § 212 BGB ist an die Stelle der Unterbrechung der Verjährung nach § 208 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung getreten und betrifft nur noch die Fälle des Anerkenntnisses⁷⁶⁵ und der Vollstreckungsanträge bzw. -maßnahmen. Vollstreckungshandlungen sind alle die Vollstreckung fördernden Maßnahmen. Sie sind zum Neubeginn der Verjährung auch dann erforderlich, wenn die Vollstreckung im konkreten Fall aussichtslos ist.⁷⁶⁶ Die Zustellung des Titels oder der Antrag auf Umschreibung des Titels reichen nicht aus.⁷⁶⁷

Titulierte wiederkehrende Unterhaltsansprüche verjähren nach § 218 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung für die Zukunft in vier Jahren, für bis zur Rechtskraft aufgelaufene Ansprüche galt aber die 30-jährige Verjährungsfrist.⁷⁶⁸ Nach § 197 Abs. 1 Nr. 3–5, Abs. 2 BGB nF gilt für die zukünftigen Ansprüche nach Rechtskraft (Nr. 3) bzw. sonstiger Titulierung (Nr. 4, 5) die dreijährige Regelverjährung, für die Ansprüche bis zur Rechtskraft bzw. Titulierung aber (weiterhin) die dreißigjährige Verjährung.

Übergangsregelungen. Bei Dauerschuldverhältnissen, die vor dem 1.1.2002 entstanden sind, gilt das damals geänderte Recht ab 1.1.2003.

Verwirkung rückständigen Unterhalts kommt vor Ablauf der Verjährungsfrist in Betracht, wenn besondere Zeit- und Umstandsmomente erfüllt sind.⁷⁶⁹

Zeitmomente. Eine generelle Aussage, dass an das Zeitmoment im Unterhaltsrecht keine strengen Anforderungen zu stellen seien, erscheint nicht richtig,⁷⁷⁰ auch nach dem neuen Verjährungsrecht,⁷⁷¹ auch wenn das jetzt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung feststehen dürfte. Bei einer vorangehenden Verjährungshemmung gilt nichts anderes.⁷⁷²

⁷⁶³ AG Köln FamRZ 2004, 468.

⁷⁶⁴ OLG Frankfurt OLGR 2007, 320 = FamRB 2007, 293 (red. Ls.).

⁷⁶⁵ Die Erteilung einer Auskunft ist noch kein Anerkenntnis: OLG Karlsruhe OLGR 2001, 198.

⁷⁶⁶ OLG Dresden FamRZ 2006, 1530 (Ls.).

⁷⁶⁷ OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 362.

⁷⁶⁸ BGH NJW 1990, 2754.

⁷⁶⁹ BGH (XII.) FamRZ 2007, 453 mAnm *Büttner*; BGH (XII.) FamRZ 2002, 1698; BGH (VII.) NJW 2003, 824 = FamRZ 2003, 449 mAnm *Büttner*; OLG Stuttgart FamRZ 2006, 1757; OLG Hamm OLGR 2007, 411.

⁷⁷⁰ So BGH FamRZ 2007, 453 mAnm *Büttner* = NJW 2007, 1273; BGH FamRZ 2002, 1698 mAnm *Klinkhammer* = NJW 2003, 128 und FamRZ 2004, 531; OLG Jena FPR 2003, 137; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 362; OLG Hamm OLGR 2004, 20; NJW-RR 2007, 726 und OLG Schleswig NJWE-FER 2000, 27 (schon ab 1 Jahr); OLG Hamm NJW-RR 1998, 510 (fünf Jahre); OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1163 (sieben Jahre).

⁷⁷¹ So auch BGH (VII.) NJW 2003, 824 = FamRZ 2003, 449 mAnm *Büttner*. Näher *Büttner* FamRZ 2002, 361 (365).

⁷⁷² BGH FamRZ 2004, 531 (Umstandsmoment nicht erfüllt); OLG Brandenburg FamRZ 2004, 558; anders OLG Schleswig FamRZ 2001, 1707 mkritAnm *Baastrup*.

Für sich genommen reicht das Zeitmoment nicht aus, denn bei bloßem Zeitablauf gelten ausschließlich die gesetzlichen Verjährungsfristen.⁷⁷³ Zeit- und Umstandsmomente können sich wechselseitig beeinflussen, dh bei relativ kurzer Zeit müssen strengere Anforderungen an die Erfüllung der Umstandsmomente gestellt werden.⁷⁷⁴

Umstandsmoment. Es kommt darauf an, ob der Berechtigte dem Verpflichteten Anlass gegeben hat, darauf zu vertrauen, der Anspruch werde nicht mehr geltend gemacht. Durch das Verhalten des Berechtigten muss beim Verpflichteten ein schützenswertes Vertrauen geschaffen worden sein, dieser werde den Unterhalt nicht in Anspruch nehmen.⁷⁷⁵ Grundsätzlich kann das Umstandsmoment daher nicht als erfüllt angesehen werden, solange der Anspruch noch nicht geltend gemacht werden konnte, zB gegen den Vater gem. § 1613 Abs. 2 Nr. 2a BGB.⁷⁷⁶

Dagegen kann der nun bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes in der Verjährung gehemmte Anspruch gegen die Eltern verwirkt sein, wenn sowohl Zeit- als auch Umstandsmoment erfüllt sind.⁷⁷⁷

- 273 **Rechtshängigen und titulierten Forderungen** kann nur ausnahmsweise der Verwirkungseinwand entgegeng gehalten werden. Es überzeugt nicht, mit dem Argument, ein titulierter Anspruch könne leicht durchgesetzt werden, geringere Anforderungen als bei nicht titulierten Ansprüchen zu stellen.⁷⁷⁸ Entscheidend ist, dass der Verpflichtete nicht darauf vertrauen darf, trotz der Titulierung seine Verpflichtung nicht erfüllen zu müssen. Das Gesetz geht von der freiwilligen sofortigen Erfüllung aus und gibt dem Berechtigten nur die Zwangsvollstreckungsmöglichkeit, wenn das nicht geschieht. Aus nicht erfolgter Zwangsvollstreckung kann daher ein Vertrauensschutz nicht hergeleitet werden, sonst stünde der rechtsuntreue Schuldner besser als derjenige, der titulierte Forderungen freiwillig erfüllt. Der Berechtigte muss daher über die unterlassene Zwangsvollstreckung hinaus durch sein Verhalten in dem Verpflichteten das schützenswerte Vertrauen begründen haben, er werde die Forderung trotz Rechtshängigkeit oder Titulierung nicht geltend machen.⁷⁷⁹

Jedoch ist eine **Verwirkung ab Rechtshängigkeit nach § 242 BGB** zu prüfen, wenn der Schuldner mit so hohen Forderungen aus der Vergangenheit belastet wird, dass es ihm unmöglich wird, diese Schulden zu tilgen und daneben seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen.⁷⁸⁰

⁷⁷³ So auch BGH (VII.) FamRZ 2003, 449 mAnm *Büttner* = NJW 2003, 824; anders aber BGH FamRZ 2007, 453 mAnm *Büttner* und BGH FamRZ 2002, 1698 mAnm *Klinkhammer*; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 960 und OLG München FamRZ 2002, 1039.

⁷⁷⁴ OLG Brandenburg KuJ 2006, 258.

⁷⁷⁵ BGH (VII.) NJW 2003, 824 = FamRZ 2003, 449 mAnm *Büttner*; so auch BGH (XII) FamRZ 2004, 531 (nicht bei 13.000 DM Nettoeinkommen monatlich); zB durch die Erklärung, eine Adoption sei beabsichtigt: OLG Hamm FamRZ 1998, 1189; OLG Hamm OLGR 2004, 20 (bloße Nichtweiterverfolgung?).

⁷⁷⁶ OLG Brandenburg FuR 2001, 521: Keine Verwirkung vor rechtskräftiger Feststellung der Vaterschaft.

⁷⁷⁷ OLG Frankfurt OLGR 2007, 320. = FamRB 2007, 293 (red. Ls.); vgl. auch BGH FamRZ 1999, 1422.

⁷⁷⁸ So aber BGH FamRZ 1999, 1422; KG FamRZ 2006, 1292 (Ls.); OLG Hamm NJW-RR 2007, 726; OLG Brandenburg JAmt 2001, 376 (377); OLG München OLG Report 2002, 68 (Zeitmoment bei Titulierung 1 Jahr nach Rechtsgedanken der §§ 1585b Abs. 3, 1613 Abs. 2 BGB); wie hier OLG Stuttgart FamRZ 1999, 859 und FamRZ 2006, 1757; OLG Hamburg OLGR 2001, 348.

⁷⁷⁹ BGH FamRZ 2002, 1698 und 1999, 1422 = NJWE-FER 1999, 269 (Vertrauenstatbestand ergibt sich aber aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht hinreichend); OLG Hamm FamRZ 1999, 1665 bejahte stillschweigende Abänderung, da über zwei Jahre geringerer Unterhalt als tituliert entgegengekommen; OLG Hamm FamRZ 2002, 230 und OLG Hamburg FamRZ 2002, 327 mit Recht einschränkend.

⁷⁸⁰ OLG Stuttgart FamRZ 2006, 1757 unter Hinweis auf BGH FamRZ 1999, 843 (847).

Umfang der Verwirkung. Es kommt darauf an, bis zu welchem Zeitpunkt die Zeit- und Umstandsmomente erfüllt sind. Unrichtig erscheint die Auffassung, die Verwirkung, einmal eingetreten, erfasse auch zukünftige Ansprüche bis zu einer erneuten Inverzugsetzung oder Mahnung.⁷⁸¹

Ein Jahr vor der Bezifferung gilt das nicht, denn § 1585b Abs. 3 BGB schützt insoweit.⁷⁸²

6. Rückforderung überzahlten Unterhalts⁷⁸³

a) Freiwillige Mehrleistungen

(1) **Beim Familien- und Trennungunterhalt** können sie nur nach Maßgabe der §§ 1360b, 1361 Abs. 4 S. 4 BGB zurückgefordert werden;⁷⁸⁴ der Leistende muss beweisen, dass er beabsichtigte, Ersatz zu verlangen. 275

(2) **Beim nachehelichen Unterhalt** können sie nach §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden, soweit dem nicht § 814 BGB entgegensteht, insbesondere wenn der Berechtigte auf die Einrede der Entreicherung verzichtet hat.⁷⁸⁵ Bei überhöhter Zahlung auf Zahlungsaufforderung der öffentlichen Hand nach *cessio legis* kann der Rückforderungsanspruch trotz § 814 BGB wegen des Vertrauens auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns begründet sein.⁷⁸⁶

(3) **Beim Verwandtenunterhalt** ist eine Rückforderung wie beim nachehelichen Unterhalt möglich, da eine entsprechende Anwendung des § 1360b BGB nicht vorgesehen ist. Die Rückforderung des Kindergeldes von einem Elternteil ist nicht möglich, das volljährige Kind muss sich vielmehr an die Familienkasse halten.⁷⁸⁷

b) Zahlungen unter Vorbehalt

Eine Zahlung unter Vorbehalt schließt nur die Anwendung der §§ 212 Nr. 1 nF, 814 BGB aus. § 820 BGB ist dagegen für Unterhaltsforderungen unanwendbar, da der Empfänger sie zur Deckung des laufenden Lebensbedarfs benötigt. Eine verschärfte Bereicherungshaftung des Empfängers kann daher nicht durch die Erklärung, nur unter Vorbehalt zu zahlen, erreicht werden.⁷⁸⁸ 276

c) Unfreiwillige Mehrleistungen in Unkenntnis der Nichtschuld

(1) **Bei titulierten Unterhaltsforderungen** ist zunächst zu beachten, dass dem Rückforderungsantrag nicht vor einer Abänderung des Titels entsprochen werden kann.⁷⁸⁹ Diese Abänderung ist bei Prozessvergleichen und notariellen Urkunden schon immer auch rückwirkend möglich⁷⁹⁰ (jetzt § 239 FamFG). Bei Urteilen kann der Unterhalt 277

⁷⁸¹ So aber OLG Düsseldorf OLGR 1998, 205.

⁷⁸² BGH FamRZ 2007, 453 mAnm *Büttner*; anders aber OLG Celle FF 2007, 152 mAnm *Büttner*.

⁷⁸³ Vgl. *Büte* FuR 2006, 93 und DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 301.

⁷⁸⁴ Dazu eingehend OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 744; OLG Koblenz FamRZ 1999, 162 (zum Ausgleichsanspruch).

⁷⁸⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2007, 42 (auch zur überzahlten Steuererstattung); AG Hamburg FamRZ 2007, 1017; OLG Hamm FamRZ 1996, 1406.

⁷⁸⁶ KG FamRZ 2002, 1357.

⁷⁸⁷ OLG Naumburg NJW-RR 2006, 1154.

⁷⁸⁸ BGH FamRZ 1998, 951 (953) = NJW 1998, 2433 und BGH NJW-RR 2000, 740 (741).

⁷⁸⁹ BGH FamRZ 1991, 1175 = NJW-RR 1991, 1154 (abgesehen von Vergleichen im Einstweiligen Anordnungsverfahren, wenn nur summarisch-vorläufige Regelung); OLG Celle NJW-RR 1992, 1412 anders noch OLG Köln NJW 1988, 1185.

⁷⁹⁰ Ständige Rechtsprechung seit BGH – GS – FamRZ 1983, 22 = NJW 1983, 228. Zur Rückforderung des auf Einstweilige Anordnung Geleisteten vgl. *Kobler* FamRZ 1988, 1005.

dagegen nach dem für alle noch vor dem 1.9.2009 eingereichten Abänderungsklagen maßgeblichen § 323 Abs. 3 ZPO nur für die Zeit ab Rechtshängigkeit herabgesetzt werden. In den seit 1.9.2009 eingeleiteten Abänderungsverfahren nach § 238 FamFG kann jetzt unter den Voraussetzungen des § 238 Abs. 3 S. 3 FamFG auch für die Zeit bis ein Jahr vor Rechtshängigkeit (§ 238 Abs. 3 S. 4 FamFG) eine Herabsetzung erfolgen.

Der deshalb nötige Abänderungsantrag gemäß § 238 FamFG/§ 239 FamFG muss allerdings nach § 241 FamFG nun nicht mehr sogleich mit dem Rückforderungsantrag verbunden werden, um die verschärfte Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB herbeizuführen. **Zum in den Übergangsfällen noch maßgeblichen vorherigen Recht** siehe 13. Auflage Rn. 277.

278 **Bei Zahlungen auf Grund eines Urteils** konnte unter der bisherigen Geltung von § 323 Abs. 3 ZPO für die vor Zustellung der Abänderungsklage geleisteten Zahlungen ein Rückforderungsanspruch nur gemäß § 826 BGB bestehen,⁷⁹¹ da das Urteil in Rechtskraft erwächst und damit Rechtsgrund ist. § 826 BGB setzt ein evident unredliches Verhalten sowie Unerträglichkeit der Ausnutzung des Urteils voraus.⁷⁹²

279 **Bei Zahlungen auf Grund einstweiliger Anordnung** (§§ 246, 49 ff.) bzw. (nicht endgültigen) Vergleichen, die nur zum Abschluss dieser EA-Verfahren geschlossen worden sind, kann unmittelbar die Rückzahlung – in einem Hauptverfahren der Gegenseite sogar in Form eines bezifferten Eventualwiderantrags – betrieben werden,⁷⁹³ ohne dass es insoweit der Abänderung bedarf, denn diese Anordnungen stellen keinen Rechtsgrund iSv § 812 BGB dar.⁷⁹⁴

Andererseits gilt § 241 FamFG insoweit nicht entsprechend, so dass dem Gläubiger die Einrede des Wegfalls der Bereicherung nicht durch § 818 Abs. 4 ZPO verwehrt ist, wenn vom Zahlenden zunächst nur die Abänderung begehrt wird.⁷⁹⁵ Grund für die fehlende Erstreckung von § 241 FamFG auf die einstweiligen Anordnungen war ua die beabsichtigte Stärkung dieses Rechtsinstituts, das deshalb nicht (durch analoge Anwendung von § 241 FamFG) verwässert werden sollte.⁷⁹⁶

280 **(2) Bei nicht titulierten Unterhaltsforderungen** kann eine Rückforderung gem. §§ 812 ff. BGB geltend gemacht werden.

281 **(3) Dem Bereicherungsanspruch** gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB kann der – dafür beweispflichtige – Bereicherte den Einwand des Bereicherungswegfalls (§ 818 Abs. 3 BGB) entgegenhalten, wenn ihm kein Vermögensvorteil verblieben ist. Das gilt insbesondere, wenn der Empfänger die zu Unrecht geleisteten Beträge für den laufenden Bedarf verbraucht hat oder damit Schulden getilgt hat, die er auch sonst getilgt hätte.⁷⁹⁷ Dafür spricht bei unteren und mittleren Einkommen eine tatsächliche Vermutung,⁷⁹⁸ auch wenn der Stamm des Vermögens angegriffen werden könnte. Das gilt nicht für Vorsor-

⁷⁹¹ Vgl. dazu insbesondere BGH FamRZ 1988, 270 = NJW 1988, 1965; FamRZ 1986, 794 = NJW 1986, 2047; OLG Braunschweig FamRZ 1999, 1058.

⁷⁹² OLG Braunschweig FamRZ 1999, 1058; OLG Köln NJW-RR 1999, 1673.

⁷⁹³ OLG Köln NJW-RR 2003, 1228.

⁷⁹⁴ BGH FamRZ 1991, 1175 = NJW-RR 1991, 1154; *Keidel/Giers* FamFG § 246 Rn. 11.

⁷⁹⁵ OLG Karlsruhe NJW 2014, 1744; *Götz* NJW 2010, 897 (900); *Bumiller/Harders/Schwamb* FamFG, 11. Aufl. 2015, § 241 Rn. 3; *Keidel/Giers* FamFG § 246 Rn. 11; aA *Johannsen/Henrich/Büte*, 6. Aufl. 2015, FamFG § 54 Rn. 15; *Zöller/Lorenz* FamFG § 241 Rn. 4.

⁷⁹⁶ OLG Karlsruhe NJW 2014, 1744; *Götz* NJW 2010, 897 (900); *Bumiller/Harders/Schwamb* FamFG § 241 Rn. 3; *Dose*, *Einstw. Rechtsschutz in Familiensachen*, Rn. 529 m. Hinweis auf BT-Drs. 16/6308, 199.

⁷⁹⁷ BGH FamRZ 1992, 1152 = NJW 1992, 2415; OLG Hamm FamRZ 1996, 1406; zur Bereicherungshaftung bei Rückforderung von Ehegattenunterhalt vgl. weiter *Mertens* FamRZ 1994, 601 ff. und *M. Schwab* FamRZ 1994, 1567 ff.

⁷⁹⁸ BGH FamRZ 2000, 751 = NJW 2000, 740 (741).

geaufwendungen, soweit hier der Vorteil verbleibt.⁷⁹⁹ Durch ein deklaratorisches An-
erkenntnis wird der Bereicherungseinwand ausgeschlossen.⁸⁰⁰

Eine verschärfte Haftung nach §§ 818 Abs. 4, 819 BGB kann eingreifen, die gemäß § 241 FamFG bereits mit der Rechtshängigkeit eines Abänderungsantrags nach §§ 238–240 FamFG ausgelöst wird, s. dazu → Rn. 277 auch zur Abgrenzung zur bisherigen Rechtslage. Für Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes gem. § 819 Abs. 1 BGB genügt nicht, dass der Berechtigte die dafür maßgebenden Tatsachen kennt, sondern er muss den Mangel des rechtlichen Grundes selbst positiv kennen.⁸⁰¹

§ 820 BGB ist auf Unterhaltsvereinbarungen nicht anwendbar.⁸⁰²

Schadensersatz bei Vollstreckung aus gem. § 116 FamFG für sofort wirksam erklärtem Beschluss. Für die Zwangsvollstreckung aus Unterhaltstiteln finden gemäß § 120 Abs. 1 FamFG grundsätzlich die §§ 704–915h ZPO Anwendung, jedoch mit Ausnahme der §§ 708 ff. ZPO über die vorläufige Vollstreckbarkeit, an deren Stelle § 120 Abs. 2 S. 1 FamFG iVm § 116 Abs. 2, 3 FamFG tritt. Auf die hiernach gemäß § 116 Abs. 3 S. 3 FamFG in der Regel für sofort wirksam erklärten⁸⁰³ Endentscheidungen über Unterhalt ist nach § 120 Abs. 1 FamFG die Vorschrift **§ 717 Abs. 2 ZPO** für den **Schadensersatz** bei Vollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen entsprechend anwendbar.⁸⁰⁴ Der Schuldner muss dann darlegen, dass er konkret zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung aus einer für sofort wirksam erklärten Endentscheidung geleistet hat.⁸⁰⁵

Die Entreichungseinrede kann hier nicht erhoben werden, da es sich um einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch außerhalb des Bereicherungsrechts handelt. Auf gerichtliche Vergleiche und einstweilige Anordnungen ist § 717 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar.⁸⁰⁶

Jedoch ist **§ 717 Abs. 3 S. 2 ZPO** über die Herausgabe des Geleisteten bei **Aufhebung einer zweitinstanzlichen Entscheidung** entsprechend anwendbar, führt allerdings regelmäßig zur Zurückverweisung wegen neuen oder ungeklärten Sachverhalts.⁸⁰⁷

Nur noch zur Vermeidung eines **nicht zu ersetzenden Nachteils infolge der Vollstreckung** kann der Schuldner vor Eintritt der Rechtskraft einer für sofort wirksam erklärten Entscheidung, der ja bereits eine Ermessensprüfung vorausgegangen sein muss, nach § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG eine Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung erlangen.⁸⁰⁸ Der Verpflichtete muss den nicht zu ersetzenden Nachteil gemäß § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG iVm § 294 ZPO glaubhaft machen. Das gilt gemäß § 120 Abs. 2 S. 3 FamFG ausdrücklich auch in den Fällen des § 707 Abs. 1 ZPO, dh bei Anträgen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Wiederaufnahme des Verfahrens bzw. bei der Anhörungsrüge oder bei Fortsetzung des Verfahrens nach einem Vorbehaltsbeschluss, ferner in den Fällen des § 719 ZPO, dh wenn Einspruch gegen einen für sofort wirksam erklärten Versäumnisbeschluss eingelegt wird oder im Fall der Beschwerde (dazu aber

⁷⁹⁹ OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1059.

⁸⁰⁰ OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1059.

⁸⁰¹ OLG Schleswig OLGR 199, 185.

⁸⁰² BGH FamRZ 1998, 951 = NJW 1998, 2433.

⁸⁰³ Falls über die sofortige Wirksamkeit gar nicht entschieden wurde, kommt Nachholung gemäß § 120 Abs. 1 FamFG iVm § 718 ZPO in Betracht: OLG München NJW-RR 2014, 194; KG FamRZ 2014, 1934; verneinend OLG Brandenburg FamRZ 2016, 161; OLG Karlsruhe NJOZ 2013, 1925 mAnm Heiß FamFR 2013, 460.

⁸⁰⁴ FA-FamR/*Gerhardt*, 10. Aufl., Kap. 6 Rn. 1066; Keidel/*Weber* FamFG § 120 Rn. 16.

⁸⁰⁵ BGH NJW 2000, 740 (741); OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 834; OLG Schleswig SchlHA 1998, 185.

⁸⁰⁶ BGH NJW 2000, 740 (741); OLG Schleswig SchlHA 1998, 185 mwN.

⁸⁰⁷ BGH FamRZ 2013, 109 = NJW 2013, 161, Rn. 59.

⁸⁰⁸ OLG Frankfurt FamRZ 2016, 76; OLG Hamm FamRZ 2012, 730; FamRZ 2011, 589.

Rn. 283b) gegen eine für sofort wirksam erklärte streitige Endentscheidung. Für die Annahme eines nicht zu ersetzenden Nachteils reicht bei der Verpflichtung zu laufendem Unterhalt die Aussichtslosigkeit der etwaigen Rückforderung zu viel gezahlten Unterhalts allein nicht aus.⁸⁰⁹ Dagegen ist bei Unterhaltsrückständen die Aussichtslosigkeit der Rückforderung ausschlaggebend.⁸¹⁰

- 283b** Ob ein Antrag auf **Vollstreckungsschutz** nach § 120 Abs. 2 FamFG in der **Rechtsmittelinstanz** noch in Betracht kommt, sofern er zumutbar mit denselben Gründen bereits in der Vorinstanz hätte gestellt werden können, ist streitig, wird aber vom BGH jedenfalls für die Rechtsbeschwerdeinstanz unter Hinweis auf die unverändert anzuwendenden Grundsätze des nach vorheriger Rechtslage geltenden § 712 ZPO verneint.⁸¹¹ Da Sinn und Zweck des § 116 Abs. 3 S. 3 ZPO gerade die Stärkung der Unterhaltsgläubiger ist, kann die generelle Verlagerung der Entscheidungen über den Vollstreckungsschutz an den Beginn der zweiten Instanz ebenso wenig befürwortet werden.⁸¹² Die Gegenauffassung⁸¹³ widerspricht dieser Einschränkung für die zweite Tatsacheninstanz, kann sich dafür aber nicht auf den BGH stützen, der nämlich nur auf die unstrittig bestehende Möglichkeit eines beim OLG zu stellenden Vollstreckungsschutzantrags gegenüber der dort anstehenden eigenen Entscheidung abstellt und nicht etwa auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung gegenüber der erstinstanzlichen Entscheidung.⁸¹⁴ Da es in gleicher Weise um die antragsabhängige Prüfung eines glaubhaft zu machenden nicht zu ersetzenden Nachteils geht, überzeugt die Gegenauffassung auch mit ihrer Differenzierung zwischen Tatsachen- und Rechtsbeschwerdeinstanz nicht.⁸¹⁵ Die Berücksichtigung neuer Gründe wird allerdings in der Tatsacheninstanz häufiger in Betracht kommen,⁸¹⁶ insoweit ist § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG mit dem Verweis auf §§ 707, 719 ZPO also weder generell ausgeschlossen, noch läuft er leer (→ Rn. 283a zu den weiteren Anwendungsfällen).

d) Aufrechnung, Abtretung und Zurückbehaltungsrecht

- 284** **Aufrechnung bei Überzahlungen.** Über diesen Weg ist ein weitergehender Ausgleich grundsätzlich nicht erreichbar, denn es gilt das Aufrechnungsverbot gem. §§ 394 BGB, 850b Abs. 1 Nr. 2 BGB.⁸¹⁷ Es muss vorher ein Antrag beim Rechtspfleger des Vollstre-

⁸⁰⁹ OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*); weitergehend OLG Koblenz FamRZ 2005, 468; aA OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 870, OLG Frankfurt (2. FamS) FamRZ 2010, 1370.

⁸¹⁰ OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*); ebenso wie bei sonstigen Ansprüchen, vgl. BGH NJW-RR 2007, 1138.

⁸¹¹ BGH FamRZ 2013, 1299 mwN.

⁸¹² OLG Frankfurt (6. FamS) FamRZ 2016, 76; FamRZ 2015, 1223; (3. FamS) FamRZ 2012, 576 = NJW-RR 2011, 1303; OLG Hamm FamRZ 2011, 1678; Bumiller/Harders/*Schwamb* FamFG, 11. Aufl. 2015, § 120 Rn. 6.

⁸¹³ OLG Frankfurt (4. FamS) FamRZ 2016, 162 (Ls.) = MDR 2015, 1078; OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 870; OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*); OLG Bremen FamRZ 2011, 322; Keidel/*Weber* FamFG § 120 Rn. 14.

⁸¹⁴ BGH aaO; zu dieser Unterscheidung auch BGH NJW-RR 2014, 969; Bumiller/Harders/*Schwamb* FamFG, 11. Auflage 2015, § 120 Rn. 6; missverständlich insoweit OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*).

⁸¹⁵ Ausführlich dazu OLG Frankfurt FamRZ 2016, 76; FamRZ 2012, 576.

⁸¹⁶ Vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2016, 76; FamRZ 2015, 1223, dazu differenzierend Spieker NzFam 2015, 241.

⁸¹⁷ BGH FamRZ 2003, 1086 = NJW-RR 2003, 1155 (im Fall einer formalen hälftigen Auszahlung aufgrund des früheren § 6 VAHRG nach bereits geleistetem Unterhalt); OLG Bremen FamRZ 2002, 1189; zustimmend DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 301 (305); **anders** OLG Naumburg FamRZ 1999, 437 und OLG Hamm FamRZ 1999, 436; dagegen mit Recht *Vollkommer* FamRZ 1999, 1423 und *Ludwig* FamRZ 1999, 1659; anders nach OLG Hamm NJW-RR 2004, 437, wenn Unterhaltsgläubiger selbst Grundlagen für Überzahlung geschaffen hat (durch nachträgliche Änderung der Steuerklasse).